



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

JOÃO MARCELO DUARTE CASTELLANO

**A INCLUSÃO OU NÃO DO COMPANHEIRO NO
ROL DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS, APÓS A
REPERCUSSÃO GERAL 809**

**Brasília
2020**

JOÃO MARCELO DUARTE CASTELLANO

**A INCLUSÃO OU NÃO DO COMPANHEIRO NO ROL DOS
HERDEIROS NECESSÁRIOS, APÓS A REPERCUSSÃO
GERAL 809**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor: Danilo Porfírio de Castro Vieira

Brasília, ____ de ____ de 2020.

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador Danilo Porfírio de Castro Vieira

Professor(a) Avaliador(a)

A INCLUSÃO OU NÃO DO COMPANHEIRO NO ROL DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS, APÓS A REPERCUSSÃO GERAL 809

João Marcelo Duarte Castellano¹

RESUMO

O propósito desse trabalho é analisar se, após a tese de repercussão geral 809 do STF, o companheiro também passaria a ser herdeiro necessário, ou se a decisão se restringe unicamente ao artigo 1.829. O presente trabalho foi feito com base em um estudo de artigos publicados por pessoas relevantes no meio jurídico nos anos de 2018 e 2019, pesquisados em renomados portais jurídicos. O companheiro não deve ser considerado herdeiro necessário. O próprio STF, em embargos de declaração, se manifestou afirmando que a decisão trata apenas do artigo 1.829. Não se deve estender o entendimento para contrariar a norma expressa do artigo 1.845. O rol dos herdeiros necessários é taxativo, não cabendo a inclusão por analogia ou interpretação. Entender que o companheiro é herdeiro necessário restringiria ainda mais a já pequena liberdade do testador.

Palavras-chave: Direito de família. Direito das sucessões. Companheiro. Herdeiro necessário. Repercussão geral 809 do STF.

INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo está situado dentro da área cível, mais especificamente nas subáreas do direito de família e das sucessões, abordando a divergência entre a doutrina acerca da inclusão ou não do companheiro no rol dos herdeiros necessários, após o julgamento da repercussão geral 809 no STF.

¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Joao.castellano@sempreceub.com

Antes de adentrar no referido tema, faz-se necessário introduzir alguns conceitos básicos acerca dos tipos de herdeiros que existem na nossa legislação.

Há dois tipos de herdeiros, quais sejam, testamentário, quando é instituído por testamento, e legítimo, quando é instituído por lei.

Dentre os herdeiros legítimos, há os herdeiros necessários, que são aqueles para os quais são guardados, por lei, metade do patrimônio da herança, independente da vontade de seu dono. A previsão legal encontra-se nos seguintes artigos:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Além dos necessários, há outro tipo de herdeiro legítimo: o herdeiro facultativo. Herdeiro facultativo é aquele que não possui nenhuma proteção legal, podendo ser retirado totalmente da sucessão por testamento. Por lei, os facultativos são os colaterais até quarto grau.

Dentre as inovações do código de 2002, destaca-se duas: trouxe uma diferenciação sucessória entre o companheiro e o cônjuge, prevista no artigo 1.790 e incluiu o cônjuge no rol dos herdeiros necessários.

Diante dessas mudanças, até maio de 2017 a doutrina majoritária entendia que o companheiro poderia ser excluído totalmente da herança.

Em maio de 2017, o STF julgou a repercussão geral 809, proferindo a seguinte decisão:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

A partir desta decisão, passou-se a discutir se o companheiro havia sido incluído no rol dos herdeiros necessários ou se a decisão era restrita ao artigo 1.829.

Para maior aprofundamento no tema, é necessário elucidar dois cenários distintos de discussão da matéria. O primeiro tange na divergência jurisprudencial contida de votos

proferidos quando do enfrentamentos e questão em concreto. Já o segundo verifica-se nas divergências no âmbito acadêmico, quando da análise da questão em abstrato.

Passa-se então à análise do primeiro cenário.

1 A DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO NOS TRIBUNAIS

Apesar de, a princípio, parecer intuitivo que o companheiro tenha se tornado herdeiro necessário após a tese julgada pelo STF, há alguns pontos de divergência que precisam ser pontuados.

Primeiramente, há de se ressaltar que as divergências começaram nos próprios votos dos ministros que firmaram a tese vencedora.

Do voto do ministro Barroso, relator do caso, percebe-se uma clara manifestação no sentido de que qualquer diferenciação de efeitos entre cônjuge e companheiro é inconstitucional, sendo legítimas apenas diferenciações quanto à criação, comprovação e extinção.

Então, na visão, do relator, diferenciar o companheiro e o cônjuge quanto a ser ou não herdeiro necessário é inconstitucional.

Entretanto, ao analisar o voto do ministro Fachin, o único ministro a se manifestar expressamente acerca do companheiro ser ou não herdeiro necessário, nota-se que o referido ministro possui um entendimento contrário ao do relator.

O ministro Fachin listou 10 premissas pelas quais justifica seu voto a favor da inconstitucionalidade do artigo 1.790. Na oitava premissa, ele combate o argumento de que quem opta pela união estável, ao invés do casamento, busca por maior liberdade. O ministro afirma que a maior liberdade da união estável, por se tratar de união informal, não justifica menor proteção aos que vivem sob esse regime. Quanto a essa maior liberdade da união estável, o ministro sustenta que o direito sucessório já garante a liberdade patrimonial com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo este ser retirado da linha sucessória por testamento.

Vejamos:

Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, a priori, menos direitos ou direitos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios.

Nota-se então que, na visão do ministro Fachin, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.970 não tem como consequência a inclusão do companheiro como herdeiro necessário.

Tal divergência dentro dos próprios votos vencedores foi motivo para embargos de declaração interposto pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) questionando se a decisão do STF significava a inclusão do companheiro no rol do artigo 1.945. Em resposta aos embargos de declaração, o STF, de forma unânime, rejeitou os embargos, sob argumento de que a repercussão geral reconhecida pelo tribunal dizia respeito unicamente ao artigo 1.829, não havendo omissão a respeito de outros artigos.

Percebe-se que a divergência entre votos de ministros do voto vencedor acerca do assunto, somada à decisão que rejeitou os embargos, gerou uma lacuna quanto a inclusão ou não do companheiro no rol dos herdeiros necessários, lacuna essa que gerou toda a discussão acadêmica acerca do assunto que será narrada em outro tópico deste artigo.

Essa lacuna na decisão se espelhou inclusive em decisões do STJ nos anos seguintes à publicação da tese de repercussão geral.

Em razão da decisão tomada pelo STF ser ainda muito recente, além de se tratar de um assunto muito específico e não tão recorrente, não houveram muitas manifestações do STJ quanto a este assunto.

Na verdade, nos primeiros 2 anos após a declaração da inconstitucionalidade do artigo 1.790, não houve nenhuma manifestação direta do STJ quanto a este assunto, entretanto, por duas vezes, acórdão proferidos por este tribunal citaram o referido assunto.

A primeira ocasião ocorreu no Resp 1357117 relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

O referido REsp analisou se a companheira do falecido deveria herdar a totalidade da herança ou concorrer com os colaterais sobreviventes.

Apesar de ser indiferente para a decisão do mérito se o companheiro é herdeiro necessário ou não, haja vista que a simples aplicação do 1829 ao invés do 1790 já garante o direito de herdar de forma legítima antes dos colaterais, o Ministro relator, no decorrer do voto, manifestou de forma expressa que o companheiro, após o entendimento do STF, se tornou herdeiro necessário, a semelhança do cônjuge.

Cita-se o referido trecho:

Conforme se percebe da supracitada regra, sendo o cônjuge herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil), participará da herança legítima nos termos dos incisos do art. 1.829 do CC/2002, o que se estenderá ao companheiro, conforme entendimento consagrado pelo STF.

A segunda ocasião ocorreu no REsp 1337420 de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão.

Neste REsp também foi debatido a aplicação ou não do artigo 1790, não havendo qualquer dúvida quanto a inconstitucionalidade deste artigo.

Entretanto, ao longo do voto proferido, o Ministro relator fez uma longa e brilhante análise acerca das consequências da repercussão geral 809.

Dentre os diversos pontos abordados pelo relator, em determinado momento, ele destaca que um dos desdobramentos da tese de repercussão geral 809 do STF é a discussão acerca da inclusão ou não do companheiro no rol dos herdeiros necessários. Ao contrário do ministro relator do julgado anteriormente citado, o ministro Luis Felipe Salomão ressalta que a decisão do STF não traz resposta expressa e adota uma posição neutra, ressaltando, entretanto, que a doutrina majoritária tem se posicionado no sentido de reconhecer o companheiro como herdeiro necessário.

Nas palavras do ministro Luis Felipe Salomão:

Em verdade, os desdobramentos da decisão da Suprema Corte serão inúmeros. Destaco uma primeira, de indiscutível relevância, que diz respeito à inclusão, ou não, do companheiro no rol de herdeiros necessários, disposto no art. 1.845 do CC/2002. Quanto ao ponto, o voto condutor do RE n. 878.694/MG não oferece resposta expressa. Todavia, a doutrina vem-se posicionando positivamente a essa questão, apontando, nessa extensão, as situações que se apresentariam, caso fosse tomado esse rumo.

Percebe-se uma diferença na abordagem dada pelos dois votos citados. Enquanto o relator do REsp 1357117 concluiu que o companheiro já é herdeiro necessário, o relator do REsp 1337420 preferiu uma abordagem mais cautelosa, destacando que a decisão do STF não abordou este assunto e que será necessário uma discussão maior, apesar de ressaltar que a doutrina majoritária tem se manifestado no sentido de que companheiro é herdeiro necessário.

Ainda, a fim de trazer decisões mais recentes que exponham a divergência de um mesmo tribunal acerca do tema, traz-se o exemplo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Em julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0473.10.003013-8/001, na 19ª câmara cível, na data de 04.07.2019, de relatoria do Desembargador Leite Praça, foi proferido acórdão no qual, fundamentada na tese do STF, considerou tanto o cônjuge quanto o companheiro como herdeiros necessários.

Nas palavras do Desembargador relator Leite Praça, cita-se o referido trecho:

Com efeito, quantos aos bens particulares do de cujus, não restam dúvidas que ao cônjuge/companheiro sobrevivente, que manteve relação matrimonial sob o regime de comunhão parcial de bens, por ostentar a qualidade de herdeiro necessário, caberá concorrer com os descendentes ao quinhão igual ao dos que sucederam por cabeça, nos termos do art. 1.832 do Código Civil.

No mesmo tribunal, foi julgada a apelação cível nº 1.0194.14.005036-1/001, em 22.08.2017, pela 7ª câmara cível, na qual foram aplicadas as regras do artigo 1.790 para a companheira.

Ocorre que o acórdão proferido pela turma foi alvo de recurso especial e, na data do juízo de admissibilidade pelo primeiro vice-presidente do STJ, já havia sido concluída a votação da tese de repercussão geral 809 do STF, motivo pelo qual os autos foram enviados de volta à 7ª turma para fins de juízo de retratação.

Ante o retorno dos autos, a Desembargadora Alice Birchall, em julgamento na data de 04.12.2019, argumentou que a tese do STF que declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC deixou lacunas e foi omissa quanto a outras duas situações nas quais também deveriam ter sido igualados cônjuge e companheiro.

Segundo a Desembargadora, o artigo 1.845 é inconstitucional por não incluir o companheiro no rol dos herdeiros necessários, em consonância com o artigo 226 da CF. Da

mesma forma, a parte final do artigo 1.829, I, do CC é inconstitucional por excluir o cônjuge da sucessão, tendo como fundamento o regime de bens do casamento, o que, segundo a Desembargadora, feriria o princípio da igualdade entre os cônjuges.

De tal forma, a Desembargadora suscitou a inconstitucionalidade do artigo 1.845, do CC, por omissão, e do artigo 1.829, I, do CC.

O incidente de arguição de inconstitucionalidade foi acolhido e os autos foram enviados para o órgão especial do tribunal analisar a inconstitucionalidade dos 2 artigos, nos termos do artigo 97, da CF.

Percebe-se, portanto, que duas câmaras cíveis do mesmo tribunal interpretaram a decisão do STF de forma diferentes, ambas em julgamentos recentes e separados por apenas 5 meses de diferença.

Por um lado, a 19ª câmara cível entende que a decisão do STF reconheceu a inconstitucionalidade de qualquer diferenciação entre cônjuge e companheiro, de tal forma que, após a decisão, o companheiro passou a ser herdeiro necessário a exemplo do cônjuge.

Por outro lado, a 3ª câmara cível, apesar de também ser favorável à inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários, entende que a decisão do STF foi lacunosa e deixou de se manifestar acerca do artigo 1.845, do CC, de tal forma que faz-se necessário que seja arguida a inconstitucionalidade também do referido artigo, a fim de produzir efeitos jurídicos.

Portanto, nota-se que a decisão proferida pelo STF em tese de repercussão geral 809 foi interpretada de formas diferentes por mais de um tribunal, no que diz respeito a inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários, consequência clara da omissão do STF quanto a este tema.

2 O ENTENDIMENTO DA DOUTRINA

Dentro do mundo acadêmico, houve certa divergência quanto ao tema. Apesar de a maioria dos juristas terem se manifestado no sentido de que o companheiro é herdeiro necessário, há uma minoria considerável que discorda desse entendimento.

Meses após o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790, do CC, diversos artigos foram publicados em fóruns jurídicos na internet.

Dentre esses artigos, destaca-se o do professor Flavio Tartuce, o qual, em 25.07.2018, publicou um artigo no site migalhas, expondo sua opinião acerca da controvérsia.

Na visão do Professor Flávio Tartuce, apesar de o julgamento do STF ter resolvido algumas questões fundamentais, também deixou algumas brechas, principalmente no que diz respeito à inclusão ou não do companheiro no rol de herdeiros necessários.

Entretanto, segundo o professor, apesar de o julgamento nada expressar a respeito, sua conclusão acerca do tema é no sentido de que o companheiro passou a ser herdeiro necessário, sustentado, principalmente, no voto do ministro Barroso.

Ainda, acrescenta que, a partir desse entendimento, também passa a incidir sob o companheiro as restrições dos artigos 1.846 e 1.849, do CC, os efeitos de rompimento do testamento do artigo 1.974, do CC e o dever de colacionar os bens recebidos em antecipação de herança, nos termos dos artigos 2.002 a 2.012, do CC.

Após os argumentos expostos, o professor conclui defendendo que a inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários é consequência direta da decisão do STF. Vejamos:

Assim, em arremate final, por todos os posicionamentos expostos, sejam doutrinários e jurisprudenciais, não restam dúvidas de que, com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o convivente foi alçado à condição de herdeiro necessário, mesmo não estando expressamente prevista no rol do art. 1.845 a própria codificação material. O julgamento da nossa Corte Máxima não traz dúvidas quanto a isso, mesmo em relação aos que antes eram céticos quanto a tal afirmação doutrinária, caso deste autor. Neste momento, é necessário saber interpretar o entendimento do STF, mesmo que à custa de posições doutrinárias anteriores, sempre em prol da socialidade e da efetividade do Direito Civil.

A linha de pensamento do professor Tartuce é aderida por grande parte dos juristas, conforme ele mesmo cita em seu artigo.

Outro jurista de destaque a se manifestar nesse sentido é o advogado e professor da USP José Fernando Simão, em artigo publicado no jornal Carta Forense em 05.09.2018.

No referido artigo, o professor, apesar de fazer a ressalva que não concorda com a equiparação entre cônjuge e companheiro, discorre que, da leitura do voto do ministro Barroso, chega-se a conclusão de que o companheiro passou a ser herdeiro necessário a partir da decisão do STF. Sustenta tal opinião sob o argumento de que o ministro relator manifestou que qualquer distinção de efeitos entre o casamento e a união estável é arbitrária, logo, inconstitucional.

Na visão do professor José Fernando, apesar dos diversos problemas que surgirão decorrente do voto do ministro Barroso, o entendimento que se tira do voto é que, no livro de sucessões, em qualquer lugar que se lê “cônjuge”, se lerá também “companheiro”.

Apesar de esta ser a doutrina majoritária, há uma relevante parte da doutrina que pensa de forma contrária.

Um dos principais defensores da tese de que companheiro não é herdeiro necessário é o professor Mário Delgado, posição esta manifestada em artigo publicado no site conjur, em 29.07.2018.

Na visão do professor Mário Delgado, aqueles que defendem que os efeitos do artigo 1.845, do CC, devem se estender ao companheiro, tomam como base um isonomismo que jamais foi pensado pelo constituinte de 1988.

Segundo o professor, a lei é explícita ao dizer que apenas o detentor do estado civil “casado” portará título de herdeiro necessário. De tal forma, sendo certo que o casamento é a única entidade familiar capaz de modificar o estado civil do indivíduo, a situação jurídica de herdeiro necessário teria uma relação direta com as formalidades do casamento, ou seja, a não inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários se justificaria pelas formalidades de sua existência, o que não seria inconstitucional, uma vez que as distinções de criação, comprovação e extinção não ferem a constituição.

Ainda, sustenta seu posicionamento com base na taxatividade do rol dos herdeiros necessários, só podendo ser incluído ou retirado algum herdeiro do referido artigo por meio de lei. Também ressalta que a restrição da liberdade testamentária vai de encontro com a realidade social atual, que é marcada por relações conjugais temporárias, especialmente nas uniões estáveis que se criam e dissolvem de forma mais rápida e fácil. Por fim, em seu último argumento, ressalta que o STF não se manifestou, em nenhum momento, sobre o artigo 1.845 e que os debates travados durante o julgamento permitem concluir que a corte não quis

assegurar o título de herdeiro necessário ao companheiro, a exemplo do voto do ministro Edson Fachin.

Outro grande defensor da tese minoritária é Rodrigo da Cunha Pereira, presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Em artigo publicado no site CONJUR, afirmou que a interpretação do companheiro como herdeiro necessário tolhe a liberdade das pessoas de escolherem um determinado tipo de família e termina por extinguir a união estável, já que, se esta for em tudo igual ao casamento, ela deixa de existir, e passa a existir apenas o casamento.

Conforme o próprio:

Se em tudo é idêntica ao casamento, ela deixa de existir, e só passa a existir o casamento. Afinal, se a União Estável em tudo se equipara ao casamento, tornou-se um casamento forçado. Respeitar as diferenças entre um instituto e o outro é o que há de mais saudável para um sistema jurídico. Um dos pilares de sustentação do Direito Civil é a liberdade. Se considerarmos o (a) companheiro (a) como herdeiro necessário \neg estaremos acabando com a liberdade de escolha entre uma e outra forma de constituir família, já que a última barreira que diferenciava a união estável do casamento já não existiria mais. Isto seria o engessamento do Direito de Família / Sucessões e um atentado contra a liberdade das próprias pessoas que escolheram viver em união estável. Esta diferenciação não significa, de maneira alguma, que União Estável seja uma família de segunda categoria. Ao contrário, ela poderá ser a única saída, a única escolha possível, para evitar que heranças possam ter um destino muito indesejável.

Ainda, argumenta que, da análise dos votos dos ministros, conclui-se que a decisão do STF limitou-se a igualar cônjuge e companheiro em relação às regras de concorrência sucessória e de cálculo dos quinhões hereditários.

Por fim, destaca-se um último artigo referente ao tema, publicado pela presidente da Associação de Direito de Família e de Sucessões (ADFAS), Regina Beatriz Tavares, na data de 22.11.2018, no jornal Estadão e replicado no site da referida associação.

No referido artigo, a presidente da associação, a qual participou do julgamento no STF como *amicus curiae*, faz uma análise literal da decisão que rejeitou os embargos de declaração opostos pelo IBDFAM. Segundo a jurista, ao afirmar que “a repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do artigo 1.829 do Código Civil às uniões estáveis”, o STF

deixa claro que a decisão equipara cônjuge e companheiro apenas nos termos do artigo 1.829 do CC, ou seja, não há que se falar em equiparação em relação ao artigo 1.845 do CC.

Vejamos:

Isso significa que está reservado o direito à metade dos bens da herança e a impossibilidade de exclusão da herança por disposição expressa em testamento do falecido apenas aos cônjuges (aqueles que vivem em casamento) e não aos companheiros (aqueles que vivem em união estável).

Não há mais, portanto, que se falar em incerteza sobre o companheiro passar ou não a ser herdeiro necessário. Não é herdeiro necessário. Isto está bem decidido pelo STF. Afinal, a Corte Suprema reconheceu a razão da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), que, na qualidade de *amicus curiae*, defendeu a diferenciação entre casamento e união estável, porque o primeiro é oriundo de toda a solenidade prevista na lei e a segunda é uma relação que não precisa de qualquer formalidade para existir ou extinguir-se. A liberdade das pessoas na escolha de uma ou outra entidade familiar está preservada no STF {...}

Assim, fica evidente que há divergência acerca do tema entre os juristas, maior do que nos tribunais, evidenciado pelos posicionamentos destacados acima, divergência esta que deve perdurar até que o STF se manifeste de forma clara sobre o assunto.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentados os principais argumentos usados para sustentar as duas opiniões, tendo a aderir àqueles que consideram que o companheiro não é herdeiro necessário. Para tanto, justifico minha posição por três motivos.

O primeiro motivo diz respeito unicamente à literalidade da tese lançada pelo STF e à resposta dada aos embargos de declaração interpostos. De fato, a tese lançada pelo STF se limita a dizer que a distinção prevista no artigo 1.790 do CC é inconstitucional, devendo ser aplicado o regime do artigo 1.829 aos companheiros. A aplicação literal da tese lançada gera, a princípio, um único efeito prático: o companheiro concorrerá da mesma forma que o cônjuge, ou seja, concorre com os descendentes na primeira linha sucessória, salvo se o regime de bens for o da separação legal ou o da comunhão total, ocasiões em que concorrerá com os ascendentes na segunda linha sucessória. Não vejo razão em estender a equiparação ao artigo 1.845, uma vez que o STF não se manifestou quanto a esse tema. Tal posição é reforçada pela resposta aos embargos de declaração que questionava tal ponto. A resposta do STF foi breve: rejeitou os embargos em razão da decisão se tratar apenas do artigo 1.829. Os artigos 1.845 e 1.829 tratam

de dois institutos distintos e que não guardam uma relação de dependência, razão pela qual não vislumbro motivo em tentar estender ao artigo 1.845 um entendimento que contraria norma expressa e que, em nenhum momento, faz qualquer referência a tal artigo.

O segundo motivo diz respeito ao fato de que o rol do artigo 1.845 é taxativo, não cabendo a inclusão por interpretação ou analogia. É certo que há parte da doutrina, influenciada pelo pensamento pós-positivista, que defende a ampliação protetiva, ou seja, a inclusão por interpretação em rols taxativos, desde que seja para ampliar direitos e não restringi-los. Não entrarei no mérito quanto a esse tema, entretanto, não concordo com aqueles que veem a inclusão dos companheiros no rol do artigo 1.845 como uma ampliação de direitos. De fato, ao olhar apenas pelo ponto de vista do herdeiro, pode parecer que tal medida tenha apenas efeitos ampliativos de direitos. Entretanto, há de se observar também pelo lado do autor da herança, que tem sua liberdade de testar restringida no momento em que se amplia o rol de herdeiros necessários. Impossível negar que, quanto maior o rol dos herdeiros necessários, maior a restrição na liberdade do autor da herança de destinar seu patrimônio para aqueles que deseja. Há, portanto, um duplo caráter ampliativo e restritivo de direitos na inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários. Havendo uma clara restrição de direitos, não vejo como possível a inclusão através de interpretação, mesmo que haja uma ampliação de direitos para o herdeiro.

Os dois primeiros motivos expostos são razões jurídicas pelas quais acredito que a decisão do STF não tem como efeito a inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários. Já o terceiro motivo é um motivo pessoal pelo qual eu acredito que o companheiro não deva ser considerado herdeiro necessário, ou seja, não é um argumento jurídico e expõe o porque eu acredito que o companheiro não deva ser elevado a herdeiro necessário, mesmo que pelos meios juridicamente corretos.

Dito isso, o terceiro motivo diz respeito à liberdade do autor da herança, liberdade esta que já foi extremamente restringida com a inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários e que será ainda mais diminuída se o mesmo ocorrer com o companheiro. Primeiramente, há de ressaltar que o casamento possui formalidades definidas e depende da manifestação expressa das partes, ao contrário da união estável que, quando não é consensual, surge de uma análise de critérios subjetivos, eis que a vontade de constituir família é algo íntimo da pessoa, causando uma grande insegurança jurídica. Apesar das divergências quanto a inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários, é fato que no momento em que os cônjuges manifestam a vontade de

se casar, estes já sabem das consequências sucessórias do ato, ao contrário da união estável, na qual é possível que o companheiro se torne herdeiro independente da vontade do autor da herança. Diante desta insegurança jurídica que paira em torno do instituto da união estável e da possibilidade do surgimento de um herdeiro indesejado e sem qualquer relação de consanguinidade, a disponibilidade de testar em desfavor do companheiro é a única possibilidade que o autor da herança tem de impedir que seu patrimônio deixe seu âmbito familiar contra sua vontade. Quanto a este último ponto, muitos podem argumentar no sentido de que é possível constituir união estável com o regime de separação de bens, excluindo o companheiro da primeira linha sucessória, entretanto, o STJ firmou entendimento de que a exceção disposta no artigo 1.829, I, se aplica somente à separação legal, não se aplicando à separação convencional. Ainda, há de se lembrar que muitas uniões estáveis são reconhecidas contra a vontade de um dos companheiros, muitas vezes cercada de incertezas quanto a real intenção desse companheiro de constituir família, haja vista que essa vontade é uma característica interna do indivíduo, aplicando a regra geral da comunhão parcial, sendo possível inclusive o reconhecimento após a morte do companheiro, criando uma situação cruel onde a vontade do morto é desrespeitada sem que este sequer chegasse a ter conhecimento disso em vida.

Para reforçar com um caso concreto, pode-se mencionar o emblemático caso do Recurso Especial nº 992.749 – MS. Trata-se de um caso em que um senhor contraiu segundas núpcias, momento em que já havia construído todo seu patrimônio. Os cônjuges optaram pelo regime da separação parcial dos bens, estabelecendo a inmutabilidade dos bens adquiridos antes do casamento. Ocorre que o cônjuge veio a falecer apenas 10 meses após o casamento, momento em que a viúva pleiteou seu direito de concorrer com os filhos do falecido no direito a herança. A primeira instância e o TJMS acolheram a habilitação da viúva, chegando o caso ao STJ, através de Recurso Especial interposto pelos filhos. Em decisão controversa, o STJ, sob relatoria da ministra Nancy Andrighi, decidiu por retirar a viúva da primeira linha sucessória, por entender que a regra prevista no artigo 1.829 suprimia a vontade expressa do autor da herança de não comunicar os bens adquiridos antes do matrimônio, vontade essa manifestada na escolha do regime de bens. Nas palavras da relatora:

A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório 'traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida'. Trata-se, pois, de

um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

Apesar das justas críticas que a decisão recebeu, em razão de apresentar uma interpretação extrapolada da norma, a decisão proferida pela turma respeitou a vontade do falecido acima da norma expressa, trazendo uma justiça prática que foi ignorada pelo legislador ao redigir o código de 2002.

Deixando de lado a raiz do problema, que seria a própria inclusão do cônjuge no rol de herdeiros necessários, a única solução para um caso semelhante ao retratado, durante a vigência do código de 2002, seria a opção por constituir uma união estável com comunhão parcial de bens, ao invés do matrimônio, e produzir um testamento excluindo o companheiro de sua herança. Assim, alcançaria-se todos os objetivos: a comunicação dos bens adquiridos durante a união e a exclusão do companheiro de todos os bens adquiridos antes da união, seja por meação ou por herança. No entanto, caso o entendimento de que o companheiro é herdeiro necessário seja pacificado, não haverá mais nenhuma solução para casos semelhantes ao narrado, prevalecendo uma interferência que considero exagerada do estado nas relações familiares, de tal forma que a já citada fala do presidente do IBDFAM Rodrigo da Cunha sobre a união estável ter se tornado um casamento forçado não pareça tão exagerada.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878.694**, recorrente: MARIA DE FÁTIMA VENTURA, recorrido: RUBENS PEREIRA COIMBRA e OUTROS – Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 10.05.2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº992.749**, recorrente: GUSTAVO ALVES DE SOUZA e OUTROS, recorrido: PAULA ROSA DE SOUZA – Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 01.12.2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 1.0473.10.003013-8/001**, agravante: MARIA ROSÁRIO FLORENCIO e OUTROS, agravada: MARIA VITÓRIA LOPES – Rel. Des. Praça Leite, julgado em 04.07.2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação – juízo de retratação nº 1.0194.14.005036-1/001**, recorrente: UBIRAJARA DE FARIA LOPES e OUTROS, recorrido: ELIZABETH DE OLIVEIRA HORSTS e OUTROS – Rel. Des. Wilson Benevides, julgado em 04.12.2019.

DELGADO, MARIO LUIZ. **Razões pelas quais companheiro não se tornou herdeiro necessário**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-29/processo-familiar-razoas-pelas-quais-companheiro-nao-tornou-herdeiro-necessario>. Data de acesso:10/06/2019

PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA. **Companheiros são herdeiros necessários ou facultativos?**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-30/processo-familiar-companheiros-sao-herdeiros-necessarios-ou-facultativos>. Data de acesso:10/06/2019

SILVA, REGINA BEATRIZ TAVARES DA. **Equiparação de cônjuge e companheiro na sucessão pelo STF limita-se à ordem de vocação hereditária**. Disponível em: <http://reginabeatriz.com.br/equiparacao-de-conjuge-e-companheiro-na-sucessao-pelo-stf-limita-se-ordem-de-vocacao-hereditaria/>. Data de acesso:10/06/2019.

SIMÃO, JOSÉ FERNANDO. **Companheiro é herdeiro necessário? SIM.** Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/companheiro-e-herdeiro-necessario-sim/18265>. Data de acesso: 10/06/2019

TARTUCE, FLÁVIO. **O companheiro como herdeiro necessário.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI284319,31047-O+companheiro+como+herdeiro+necessario>. Data de acesso: 10/06/2019